



## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/129806>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-07 and may be subject to change.

## Jurisprudentie

Onder de zorg van prof.mr. Y. Buruma, prof.mr. H. Cohen Jehoram, prof.mr. J.M. van Dunné, prof. mr. M.S. Groenhuijsen, prof.mr. T. Hartlief, prof.dr. E.M.H. Hirsch Ballin, prof.mr. C.A.J.M. Kortmann, prof.mr. S.C.J.J. Kortmann, prof.mr.drs. F.C.M.A. Michiels, prof.mr. K.J.M. Mortelmans, prof.mr. M.J.G.C. Raaijmakers, prof.mr. J. Riphagen, prof.mr. Th.A. de Roos, prof.mr. G.R. Rutgers, prof.mr. A.V.M. Struycken, prof.mr. I.C. van der Vlies, prof.mr. R.D. Vriesendorp, prof.dr. J.W. Zwemmer

### Is een wetsvoorstel onschendbaar?

Prof.mr. C.A.J.M. Kortmann

Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam, 18 februari 1999, rekestnummer 15/99 OK

#### *Casus*

De onderhavige kwestie speelt in het verband van hoofdstuk II van de Wet algemene regels herindeling (Wet Arhi). Deze wet j<sup>o</sup> titel VI van de Gemeentewet bevat de procedure van een gemeentelijke herindeling. Op 22 april 1997, herzien bij besluit van 10 juni 1997, stellen gedeputeerde staten van Overijssel een voorstel aan provinciale staten houdende 'Ontwerpregeling Gemeentelijke Herindeling Twente' vast (besluit A). Op 25 juni 1997 stellen provinciale staten de Ontwerpregeling vast (besluit B). Bij brief van 24 december 1998 deelt de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksaangelegenheden aan de advocaat van verzoekers (waarover zo dadelijk) mee dat een wetsvoorstel tot gemeentelijke herindeling is ingediend bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal (besluit C). Dit wetsvoorstel strekt onder meer tot opheffing van de gemeente Hengelo en de instelling van een gemeente Twentestad, waarin Hengelo, Enschede en Borne zouden opgaan.

De gang van zaken schiet de ondernemingsraden van drie diensten van de gemeente Hengelo in het verkeerde keelgat, daar deze niet in de gelegenheid zijn gesteld advies uit te brengen conform artikel 25 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR). Zij stellen beroep ex artikel 26 WOR in tegen de drie bovengenoemde besluiten A, B en C en verzoeken de Ondernemingskamer voor recht te verklaren dat verweerders bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot de besluiten hadden kun-

nen komen, voorts aan verweerders de verplichting op te leggen de besluiten in te trekken, alsmede ongedaan te maken elk(e) besluit, maatregel en/of actie die op instigatie van verweerders heeft plaatsgehad ter uitvoering van voormelde besluiten en aan verweerders het verbod op te leggen om enige handeling te verrichten of te doen verrichten ter uitvoering van (onderdelen van) de besluiten.

De verzoekers vroegen ook om een voorlopige voorziening die hierna buiten beschouwing blijft. Tijdens de zitting lieten de verzoekers weten dat hun bezwaren zich concentreren op het besluit C, daar dit het definitieve, voor beroep vatbare besluit ingevolge de WOR zou zijn.

#### *Overwegingen van de Ondernemingskamer*

'(...)

(iv) Gelet op de omstandigheid dat in een zaak als de onderhavige sprake is of kan zijn van besluitvorming door de overheid op onderscheiden niveau's — gemeente, provincie, staat — en in aanmerking genomen dat tussen deze niveau's niet sprake is van een — zodanig — hiërarchisch verband dat met het oog op het adviesrecht van de ondernemingsraad toerekening van besluitvorming kan plaats vinden in dier voege dat — steeds of in beginsel — kan worden volstaan met een eenmalige adviesaanvraag, hangt het van de omstandigheden van het geval af of op één dan wel twee of drie momenten/niveau(s) en wanneer advies dient te worden gevraagd.

(v) Hetgeen onder (iv) is overwogen brengt verder mee dat indien op meer niveau's adviesplichtige besluiten worden genomen die rechtstreeks ingrijpen in de onderneming van een publiekrechtelijke rechtspersoon, het desbetreffende orgaan op het betrokken niveau telkens als (mede-)ondernemer dient te worden aangemerkt, die er — mede — voor verantwoordelijk is dat op behoorlijke wijze advies wordt gevraagd. Aldus

wordt enerzijds voorkomen dat de WOR in verhoudingen als hier aan de orde — in strijd met de kenmerkende strekking van de wet — geen betekenis zou hebben. Anderzijds wordt hiermee bereikt dat het orgaan dat — uiteindelijk — het besluit neemt, zelf de correcte besluitvorming — mede — in de hand heeft en voorts dat dat orgaan als partij in een eventuele beroepsprocedure wordt betrokken. Dat is niet alleen in het belang van de ondernemingsraad maar ook van de onderneming en het betrokken orgaan.

(vi) Met het oog op een zinvolle uitoefening van het adviesrecht in dier voege dat het advies van wezenlijke invloed moet kunnen zijn op de te nemen beslissing zal in een geval als het onderhavige met name en in ieder geval advies dienen te worden gevraagd op het niveau waarop het initiatief tot gemeentelijke herindeling wordt genomen en op het niveau waarop — op de voet van de WARHI — wordt besloten het proces van gemeentelijke herindeling in werking te stellen (in het onderhavige geval dus dat van de Provincie Overijssel) alsmede op het niveau van de Staat die uiteindelijk het besluit neemt. Praktisch zal een en ander betekenen dat het wat de Provincie betreft Gedeputeerde Staten en wat de Staat betreft de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties zullen onderscheidenlijk zal zijn die advies dienen onderscheidenlijk dient te vragen.

(vii) Het ligt uit een oogpunt van de praktische hanterbaarheid van de medezeggenschap voor de hand dat de betrokken (mede-)ondernemers met elkaar in overleg treden en in onderling overleg bepalen door wie en op welke wijze het advies van de ondernemingsraad wordt gevraagd opdat dat advies bij de — uiteindelijk — besluitvorming van wezenlijke invloed kan zijn.

(viii) Indien voormeld overleg niet plaats vindt en/of indien advies niet is gevraagd is elk van de betrokken (mede-)ondernemers daarvoor verantwoordelijk en — in beginsel — daarop op de voet van de WOR aansprekbaar.

3.2 Verzoekers hebben ter terechtzitting de verzoeken gepreciseerd in dier voege dat zij zich primair op het standpunt stellen dat het onder C bedoelde besluit het te dezen [als definitief], voor beroep vatbare besluit ingevolge de WOR is, welk besluit is genomen en waarvan de advocaat van verzoekers bij brief van de Minister van 24 december 1998 in kennis is gesteld.

3.3 Met verzoekers is de Ondernemingskamer van oordeel dat het onder C bedoelde, op de voet van artikel 9 WARHI genomen besluit van de Minister adviesplichtig is ingevolge artikel 25 WOR — en dat de adviesplicht geldt op de wijze zoals hiervoren onder 3.1 is aangegeven — nu het in ieder geval voldoet aan hetgeen in dat artikel onder lid 1 aanhef en onder a, d en/of e is bepaald en het als belangrijk in de zin van de onderdelen d en e moet worden beschouwd.

3.4 De verplichting om aan de ondernemingsraden van de betrokken diensten advies ter zake van dat besluit te vragen rust, gegeven de omstandigheid dat het rechtstreeks ingrijpt in de ondernemingen van de betrokken diensten, behalve op de gemeente Hengelo als ondernemer in de zin van de WOR, op de Minister die voor de

toepassing van de WOR als mede-ondernemer dient te worden aangemerkt. Het had op de weg van de Minister — die daarvoor immers — mede — de verantwoordelijkheid draagt — gelegen en van de gemeente Hengelo, alsmede op de weg van de Provincie Overijssel, die bij de eerdere besluitvorming (A en B) als mede-ondernemer moet worden aangemerkt, om in onderling overleg te bepalen door wie en op welke wijze het advies diende te worden gevraagd, zodanig dat dit bij de besluitvorming van wezenlijke invloed had kunnen zijn.

3.5 Vastgesteld kan derhalve worden dat de Minister het onder C bedoelde besluit heeft genomen in strijd met de wet, immers zonder op de voet van artikel 25 WOR het advies van de betrokken ondernemingsraden, waaronder verzoekers, te vragen en zonder het hiervoor bedoelde overleg met de gemeente Hengelo en met de Provincie Overijssel te voeren teneinde de ondernemingsraden in de gelegenheid te stellen op een zodanig tijdstip te adviseren, dat hun advies nog van wezenlijke invloed had kunnen zijn.

3.6 Aan deze vaststelling kunnen echter door de rechter geen gevolgen worden verbonden nu met en tengevolge van dit besluit het (wets)voorstel van de Minister voorwerp is geworden van behandeling door de Staten-Generaal en aldus dat besluit onderdeel uitmaakt van het proces van formele wetgeving. Het zou in strijd komen met de strekking van artikel 120 Grondwet althans met een aan dat artikel te ontleen staatsrechtelijk beginsel en/of met de grondwettelijke verdeling van de staatsrechtelijke bevoegdheden over (naast de executieve) de — formele — wetgever en de rechterlijke macht indien de Ondernemingskamer in dit proces zou ingrijpen of daaromtrent een verklaring voor recht uitsprekt. In een zaak als de onderhavige dient een besluit van de Minister als bedoeld in artikel 9 WARHI om een voorstel voor een herindelingsregeling te doen onderscheidenlijk het zenden van een daartoe strekkend voorstel aan de ministerraad geacht te worden mede onder dat proces te zijn begrepen. Dat betekent uiteraard niet dat de wetgever in formele zin onderscheidenlijk de staatsorganen die te zamen de wetgever vormen bij het — in de wet neer te leggen — besluit tot herindeling niet aan de in de WOR neergelegde medezeggenschapsverplichtingen zouden zijn gebonden, doch slechts dat de toets of die verplichtingen correct zijn nagekomen wordt beoordeeld door de wetgever in formele zin onderscheidenlijk de staatsorganen die te zamen de formele wetgever vormen.

3.7 Met betrekking tot voormelde vaststelling geldt bovendien dat nakoming van voormelde verplichtingen nog immer mogelijk is, hetzij doordat door een der andere betrokken organen van de formele wetgever daarop wordt aangedrongen of — anderszins — consequenties aan het achterwege gebleven zijn van een adviesaanvraag worden verbonden hetzij doordat de Minister alsnog de ondernemingsraden in de gelegenheid stelt op de voet van artikel 25 WOR over de herindelingsvoorstellen te adviseren. Wat daarvan echter zij, de Ondernemingskamer dient zich ter zake van het primaire verzoek niet bevoegd te verklaren.

3.8 Het subsidiaire verzoek is gedaan voor het geval de stelling van verzoekers dat het besluit onder C niet adviesplichtig is wordt verworpen. Dit geval doet zich niet voor zodat het subsidiaire verzoek niet aan de orde komt.

3.9 Het vorenoverwogene leidt tot de slotsom dat de Ondernemingskamer zich niet bevoegd zal verklaren te beslissen als verzocht.

#### 4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

Verklaart zich onbevoegd in dit geding te beslissen als verzocht.'

#### Noot

Deze zaak zal op menig weldenkend mens en ook wel op enige juristen enigszins verrassend overkomen, en wel om twee redenen:

- a de toepasselijkheid van de bepalingen van de WOR inzake advisering door ondernemingsraden als de onderhavige op gemeentelijke herindelingen;
- b de overwegingen van de Ondernemingskamer over de mogelijkheid tot toetsing van een besluit tot indiening van een wetsvoorstel.

#### Ad a

Hoe eigenaardig het ook is of lijkt, voor de Wet op de ondernemingsraden drijven gemeenten, provincies, waterschappen en de staat ondernemingen en bezitten zij of onderdelen ervan – zoals 'bestuursdiensten', 'diensten stedelijk beheer' en dergelijke – ondernemingsraden. Waartoe deze exact bevoegd zijn in het verband van de WOR is niet altijd duidelijk, maar van de zijde van de minister van Binnenlandse Zaken (en Koninkrijksaangelegenheden) is herhaaldelijk bevestigd – onder andere in antwoord op kamervragen – dat de bedoelde ondernemingsraden een adviesrecht bezitten in geval van gemeentelijke herindeling. Men zie ook *TK* 1996-1997, 25234, nr. 5, pp. 14, 15 en Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 5 november 1998, *NJ* 1999, 185. Volgens het Hof is artikel 46d sub b WOR in situaties als deze niet van toepassing. Dit betekent echter nog niet dat duidelijk is jegens welke 'onderneming' het adviesrecht mag of moet worden uitgeoefend. Wie is in geval van een gemeentelijke herindeling ondernemer of mede-ondernemer? Blijkens overweging 3.4 van de On-

dernemingskamer moest in casu op drie niveaus aan de adviesverplichting worden voldaan, te weten dat van de gemeente, dat van de provincie en dat van het rijk. Weliswaar kan het vragen van advies gecoördineerd geschieden op grond van overleg (r.o. 3.1, VII), maar mislukt zo'n coördinatie, dan moet elke (mede)ondernemer aan de adviesplicht voldoen. Blijkens r.o. 3.5 heeft de minister noch zorg gedragen voor coördinatie, noch zelf advies gevraagd, zodat hij, aldus de Ondernemingskamer, heeft gehandeld in strijd met de WOR. Al dit 'adviesgedoe' op grond van een wet die oorspronkelijk voor ondernemingen in de klassieke betekenis in verband met interne democratisering was geschreven doet nogal eigenaardig aan, omdat het rijk, de provincies en de gemeenten al democratische ambten hadden. Maar men wilde met de invoering van de WOR voor de overheid de medezeggenschap van het personeel aldaar zo veel mogelijk gelijk trekken met die in gewone ondernemingen. Vreemd in de onderhavige casus is bovendien dat de staat aansprakelijk kan worden gesteld voor proceduregebreken op het niveau van de gemeente en de provincie. Laatstgenoemden zouden het er in de opvatting van de Ondernemingskamer bij kunnen laten zitten, om de minister vervolgens met het overleg en het vragen van advies op te knappen. Of lees ik r.o. 3.5 verkeerd?

#### Ad b

Zoals zojuist is opgemerkt, stelt de Ondernemingskamer in r.o. 3.5 vast dat de minister een besluit nam in strijd met de wet, te weten artikel 25 WOR. Daarmee beoordeelde de Ondernemingskamer de wettigheid (zo men wil de rechtmatigheid) van het ministeriële besluit. Wat doet de Ondernemingskamer vervolgens in r.o. 3.6? Zij stelt dat de rechter aan zijn vaststelling geen gevolgen mag verbinden (voerend tot het dictum onbevoegd), nu het wetsvoorstel 'voorwerp is geworden van behandeling door de Staten-Generaal en aldus dat besluit (van de minister, C.K.) onderdeel uitmaakt van het proces van formele wetgeving'. Om de in r.o. 3.6 vervolgens opgesomde redenen zou de Ondernemingskamer niet in dat proces mogen ingrijpen, noch een verklaring voor recht mogen uitspreken. Even later zegt de Kamer dat de wetgever en zijn organen weliswaar aan de medezeggenschapsverplichtingen van de WOR zijn gebonden, maar dat de vraag of daaraan is voldaan alleen door de wetgever respectievelijk de organen die de wetgever

vormen wordt beoordeeld.

Deze passages verdient het nodige commentaar. Ten eerste is het niet de minister die wetsvoorstellen indient. Indiening is een regeringsbesluit. Het is een kniesoor die daarover valt. Laten we dit detail maar passeren.

Vervolgens stelt de Ondernemingskamer dat het in strijd met de strekking van artikel 120 Grondwet, althans met een aan dat artikel te ontleen staatsrechtelijk beginsel en/of met de grondwettelijke verdeling van de staatsrechtelijke bevoegdheden over de formele wetgever en de rechterlijke macht zou zijn, als de Ondernemingskamer zou ingrijpen in het wetgevingsproces of een verklaring van recht zou uitspreken. Laten we ook dit eens bezien. Wat is de strekking van artikel 120 Grondwet? Deze is dat de wetgever zelf en niet de rechter uitmaakt of zijn besluiten zowel formeel als materieel sporen met de Grondwet. In het Harmonisatiewet arrest (HR 14 april 1989, *NJ* 469) is de reikwijdte van artikel 120 Grondwet nog wat uitgebreid. De Hoge Raad was van oordeel dat artikel 120 Gw ook toetsing van een wet aan het Statuut en aan algemene rechtsbeginselen verbiedt. Wat daarvan zij, het ging daar om een tot stand gekomen wet, om een besluit van de wetgever. Artikel 120 Grondwet spreekt dan ook van wetten, niet van wetsvoorstellen of iets dergelijks. Het gaat de Hoge Raad kennelijk om de beoordeling van de *verbindendheid* van een wet. Dit blijkt niet alleen uit het Harmonisatiewet arrest, maar ook uit HR 19 februari 1993, *AB* 305, m.nt. FHvdB. De Hoge Raad stelt daar met zoveel woorden dat het verbod van toetsing van een landsverordening (Arubaanse 'formele wet') de rechter slechts verbiedt verbindende kracht aan een landsverordening te ontnemen en hem niet belet het uitblijven van zo'n verordening onrechtmatig te oordelen. Waarom zou deze overweging niet ook in de onderhavige casus kunnen gelden? De Ondernemingskamer stelt zelf in r.o. 3.5 vast dat de minister in strijd met de wet handelt (wat overigens niet te rijmen is met de slotpassage van r.o. 3.6, volgens welke de Kamer die toetsing niet mag verrichten). Waarom zou hij vervolgens geen declaratoir vonnis mogen wijzen? Hij zou zich niet inlaten met de verbindendheid van de wet, want die is er niet eens, doch niets anders doen dan wat volgens de Hoge Raad in zijn arrest van 1993 mag. Afgezien van deze kwestie, rijst de vraag waarom de Ondernemingskamer artikel 120 Gw in stelling brengt. Het ging in de casus niet om grondwettigheid, doch om wettigheid.

De Ondernemingskamer beroept zich ook nog op een aan artikel 120 Grondwet te ontleen staatsrechtelijk beginsel en/of (wie moet kiezen?, C.K.) de grondwettelijke verdeling van bevoegdheden. Laten we beginnen met de verdeling van bevoegdheden. Ik kan geen grondwettelijke bepaling vinden die het de rechter verbiedt een rechtmatigheidsoordeel te vellen over een regeringsbesluit, te weten de indiening van een wetsvoorstel. Evenmin is er een grondwettelijke bepaling die de rechter verbiedt te oordelen over 'een besluit van de minister als bedoeld in artikel 9 WARHI om een voorstel voor een herindelingsregeling te doen onderscheidenlijk het zenden van een daartoe strekkend voorstel aan de ministerraad'. Blijft over een aan artikel 120 Grondwet 'te ontleen staatsrechtelijk beginsel'. Dit kan kennelijk geen ander zijn dan dat de rechter zich geen enkel oordeel mag aanmatigen over het *gehele* proces van formele wetgeving. Dat is duidelijk iets anders dan artikel 120 Grondwet formuleert en de Hoge Raad in zijn arrest van 1993 stelt. Wat betekent de opvatting van de Ondernemingskamer voor de praktijk? Hier rijzen vele vragen: wanneer begint het proces van wetgeving en wanneer eindigt het? Hoort een besluit van een minister, houdende opdracht aan zijn ambtenaren een wetsvoorstel voor te bereiden tot het niet toetsbare proces van wetgeving? De uitspraak suggereert iets anders, daar de rechter geen gevolgen aan strijd met de WOR mag verbinden 'nu (...) het wetsvoorstel (...) voorwerp is geworden van behandeling door de Staten-Generaal (...)'. Ontstaat pas dan een toetsingsverbod, en zo ja, waarom? Eindigt het proces bij de bekrachtiging of bij de plaatsing in het Staatsblad? Wat hoort bij het proces van wetgeving? Alleen dat wat de grondwetsartikelen beschrijven of ook dat, vervat in andere wetten, zoals die inzake adviesorganen en adviezen? En wat te denken van de Aanwijzingen voor de regelgeving en de Reglementen van Orde van de Kamers? Wat van EG-recht? Moet de rechter dit alles steeds buiten beschouwing laten?

In het in 1997 verdedigde proefschrift, *Meer zicht op wetgeving*, stelt M. van Houten op p. 77: 'De overweging (in HR 9 juni 1989, *AB* 1989, 412, C.K.) zou er namelijk op kunnen wijzen dat (...) artikel 120 Gw slechts een rol speelt wanneer er sprake is van een wet. Daaruit zou dan kunnen worden afgeleid dat een toetsing gaande de wetgevingsprocedure of een toetsing van het achterwege blijven van wetgeving niet wordt belemmerd door artikel 120 Gw.' Het zal duidelijk zijn

dat ik dit standpunt deel. Het hoeft niet te leiden tot ingrijpen in het wetgevingsproces in de vorm van een bevel of verbod, waar de Ondernemingskamer kennelijk niets voor voelt. Een verklaring voor recht kan echter ook zin hebben.

Deze had de Ondernemingskamer mijns inziens rustig kunnen uitspreken. Voor andere uitspraken inzake herindelingen zij verwezen naar *NJ* 1999, nrs. 185, 186 en 187.